

Adam Wojtaszczyk

**Odpowiedzialność karna za przestępstwa
przeciwko wymiarowi sprawiedliwości
oraz dowodowe wykorzystanie czynności operacyjnych
w opiniach karnistów.**

**Sprawozdanie z II Krakowskiego Forum Karnistycznego –
27 stycznia 2012 r.**

W dniu 27 stycznia 2012 r. w auli Auditorium Maximum Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie odbyło się II Krakowskie Forum Karnistyczne.

Współorganizatorami tego spotkania byli: „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie, Prokuratura Apelacyjna w Krakowie, Sąd Okręgowy w Krakowie oraz Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego (w ramach obchodów 200-lecia istnienia tejże jednostki naukowej).

Poruszana w trakcie spotkania problematyka została podzielona na dwa odrębne panele tematyczne: „Odpowiedzialność karna za przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Prawo do obrony przed zarzutem karnym jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną. *Nemo se ipsum accusare tenetur*” (panel I) oraz „Dowodowe wykorzystanie czynności operacyjnych. Podśluchy. Zakazy dowodowe” (panel II).

W imieniu organizatorów przybyłych gości powitała i otworzyła obrady Prezes Sądu Okręgowego w Krakowie – sędzia Barbra Baran.

Panel I

Odpowiedzialność karna za przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Prawo do obrony przed zarzutem karnym jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną.

Nemo se ipsum accusare tenetur

Funkcję prowadzącego obrady panelu pierwszego sprawował sędzia dr hab. Włodzimierz Wróbel, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego (Uniwersytet Jagielloński, Sąd Najwyższy).

Do obrad panelowych zaproszeni zostali: adwokat Maciej Burda (Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie), prokurator Anna Jaskuła (Prokuratura Okręgowa w Krakowie), sędzia Andrzej Ryński (Sąd Apelacyjny w Krakowie) oraz prof. dr hab. Andrzej Zoll (Kierownik Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego i Redaktor Naczelny „Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych”).

W dyskusji wzięli także udział: adwokat dr Marek Bielski (Uniwersytet Jagielloński, Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie), prokurator Janusz Śliwa (Prokuratura Apelacyjna w Krakowie), dr Grzegorz Bogdan (Uniwersytet Jagielloński), dr hab. Barbara Nita (Wyższa Szkoła Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego w Warszawie), sędzia Tomasz Grebla (Sąd Okręgowy w Krakowie), sędzia Sebastian Kosmowski (Sąd Rejonowy Katowice-Zachód w Katowicach), prokurator Beata Mik (Prokuratura Generalna) oraz adwokat dr Małgorzata Dąbrowska-Kardas (Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie).

[Bezkarność fałszywych zeznań i prawo do milczenia]

Zagadnieniem najczęściej akcentowanym przez panelistów i dyskutantów w ramach obrad panelu I, co do którego panowała niemalże pełna zgoda, było zbyt daleko idące i nie spotykane nigdzie indziej w Europie absolutyzowanie prawa do obrony w orzecznictwie Sądu Najwyższego w zakresie, w jakim wyklucza ono możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osobę, która zeznając w charakterze świadka złożyła fałszywe zeznania co do okoliczności mających znaczenie dla realizacji jej prawa do obrony, a więc fałszywie zeznała dla uniknięcia swojej odpowiedzialności karnej. Zasadnicza zgoda panowała również co do tego, że powodująca w praktyce tak szerokie prawo do obrony linia orzecznicza ma w istocie dość wątpliwe uzasadnienie dogmatyczne.

W toku obrad podkreślano, że nawet najszerzej dokonywana wykładnia odnoszących się do prawa do obrony uregulowań nie może stanowić podstawy do przyjmowania niekaralności składania fałszywych zeznań, zwłaszcza w świetle treści art. 183 k.p.k. oraz treści art. 233 § 3 k.k. Co więcej, ten ostatni przepis został uznany przez Trybunał Konstytucyjny za gwarantujący jednostce wystarczającą ochronę przed samooskarżeniem, a w obecnym stanie rzeczy traci on w ogóle rację istnienia. Tak szerokie prawo do bezkarnego przedstawiania fałszywych oświadczeń nie jest również przyjmowane w uregulowaniach prawa międzynarodowego i orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, gdzie w perspektywie prawa do obrony i prawa do uczciwego procesu przyjmowane jest tylko prawo do milczenia (nieprzymuszanie do przyznania się, prawo do unikania samooskarżenia). Podczas dyskusji zauważono, że również niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny odnosząc się do konstytucyjnych podstaw prawa do milczenia (które także polski Trybunał Konstytucyjny traktuje jako bierny składnik opisanego w art. 42.2 Konstytucji prawa do obrony – jego powtórzeniem jest art. 6 k.p.k.), wywodząc jego istnienie z przyrodzonej i niezbywalnej godność ludzkiej, uznał takie prawo za wystarczające dla ochrony praw podejrzanego, który nie ma jednakże „prawa do kłamstwa”. Jeszcze wyraźniej deklaruje to ustawodawstwo anglosaskie, które wprost przewiduje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej podejrzanego, który zrezygnował z przysługującego mu prawa do milczenia, za składanie fałszywych oświadczeń.

Odnosząc się natomiast bezpośrednio do sposobu argumentacji prezentowanej przez Sąd Najwyższy we wspomnianej wyżej linii orzecznictwej, a w szczególności w uchwale z 20 września 2007 r. (I KZP 26/07), w trakcie obrad podkreślano, że ostatecznie dla uzasadnienia rozstrzygnięcia przyjmującego bezkarność składania fałszywych zeznań w ramach prawa do obrony Sąd Najwyższy odwołał się nie do wykładni art. 74 k.p.k. czy też art. 175 k.p.k., lecz do lakonicznego i swoistego argumentu o „potrzebie zachowania równości i spójności systemu”¹, co do zasadności którego pane-

¹ Argument SN o potrzebie spójności systemu został w toku obrad sprowadzony do stwierdzenia, że bezkarność składania fałszywych zeznań w ramach prawa do obrony jest nieodzowna dla zachowania owej spójności, albowiem jeżeli w zgodzie z konstytucyjnym prawem do obrony na każdym etapie postępowania podejrzanemu wprost przyznaje się w rozwiązaniach proceduralnych postępowania karnego gwarancję bezkarności za składanie fałszywych oświadczeń, to z uwagi na konieczność równego i spójnego traktowania taka gwarancja powinna mu przysługiwać również w takiej sytuacji, gdy odbiera się od niego oświadczenia na takim etapie lub w takiej postaci postępowania,

liści i dyskutanci odnosili się sceptycznie i odrzucali możliwość przyjmowania go jako faktycznie samoistnej podstawy całego rozstrzygnięcia.

W ramach krytyki takiego stanowiska Sądu Najwyższego, pojawiała się często w wypowiedziach mówców prezentacja jego nieakceptowalnych konsekwencji. W szczególności zauważano, że jeżeli gwarantuje się w granicach prawa do obrony bezkarność składania fałszywych oświadczeń nie tylko podejrzanemu w toku postępowania karnego, lecz także nawet takiej osobie, która nie tylko nie jest podejrzana, ale nawet podejrzewana, i taka osoba w granicach prawa do obrony w sensie materialnym zawsze składa wyjaśnienia, nawet gdy formalnie zeznaje, oznacza to, iż prawo do egzekwowania w ten sposób obrony nie tylko wykraczać będzie poza konkretne postępowanie karne mogące się toczyć przeciwko takiej osobie i może rozciągać się na równoległe postępowania karne, lecz w istocie może także w sposób aksjologicznie wątpliwy rozciągać się na postępowania nierepresyjne, w ramach których taka osoba miałaby składać zeznania co do okoliczności związanych z prawem do obrony. Oznacza to oczywiście również, że na wczesnym etapie postępowania karnego (gdy jego prowadzący nie tylko nie dysponuje opisanymi w art. 313 k.p.k. podstawami do postawienia przesłuchiwanej osobie zarzutu, ale w ogóle nie ma świadomości, iż taka osoba jest sprawcą) tak broniąca się osoba ma nad organami ścigania wyraźną przewagę, gdyż manipulując swoimi, traktowanymi jako prawdziwe, zeznaniami może równocześnie manipulować obrazem sprawy, co stanowi bardzo skuteczną formę obrony, i co w konsekwencji powoduje faktyczny wzrost liczby składanych fałszywych zeznań. Wskazywano wreszcie, że przy rozwiązaniu przyjętym przez Sad Najwyższy możliwe są, chociażby teoretycznie, również i takie dość paradoksalne sytuacje, w których osoba w obliczu możliwości poniesienia odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych zeznań prowadziła swoją obronę w ten sposób, by wykazać, iż była sprawcą tego czy też innego przestępstwa i w związku z tym korzystała z prawa do obrony.

W związku z powyższymi rozważaniami dość zgodnie przyjmowano, że prawo do obrony nie powinno być rozumiane zbyt szeroko i w kontekście składania zeznań w charakterze świadka powinno sprowadzać się do pozostawienia zainteresowanemu obroną wyboru – „prawda albo milczenie” (chyba że na wzór szwajcarski osoba podejrzewana nie mogłaby jeszcze być traktowana jako podejrzana, a zarazem nie mogłaby już być świadkiem),

gdzie formalnie nie ma on statusu podejrzanego, a musi faktycznie realizować swoje prawo do obrony tak jak podejrzanym.

przy czym o tym ostatnim prawie powinien on zostać pouczony jak tylko pojawią się okoliczności uzasadniające takie pouczenie i powinien on móc z niego skorzystać poprzez samo złożenie odpowiedniego oświadczenia. W ten sposób zawsze będzie można uniknąć samooskarżania², a takie oświadczenie, pomimo pojawiających się czasem tendencji do utożsamiania milczenia z byciem winnym, samo w sobie nie będzie mogło stać się ani podstawą do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, ani też do stawiania komukolwiek jakichkolwiek zarzutów. Zwrócono także uwagę, że możliwość ponoszenia negatywnych konsekwencji składania fałszywych oświadczeń „w swojej sprawie” istnieje od dawna np. w przypadku korzystania ze statusu świadka koronnego albo dążenia do uniknięcia odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 229 § 6 k.k.

Warto jednak zwrócić uwagę, że w trakcie dyskusji wskazywano, iż nie wszystkie procedury, w ramach których mogą pojawiać się oświadczenia dotyczące okoliczności mogących wchodzić w zakres prawa do obrony konkretnej osoby, pozwalają na dokonanie wyboru „prawda albo milczenie”, z uwagi na to, że nie wszystkie mają normatywnie ujęte prawo do odmowy składania takich oświadczeń z uwagi na prawo do obrony. W tej sytuacji należałoby wykluczać możliwość wykorzystanie takich oświadczeń w postępowaniu karnym. Pojawiały się również wypowiedzi zwracające uwagę na istniejącą obecnie problematyczność ścigania przestępstwa opisanego w art. 233 k.k. z uwagi choćby na to, że nie ma zgody co do tego, czy prokuratorzy i sędziowie mają obowiązek zawiadamiania o popełnieniu przestępstwa polegającego na złożeniu fałszywych zeznań (z uwagi na możliwą skalę problemu mogłoby to doprowadzić do paraliżu wymiaru sprawiedliwości) i czy zaniechanie dokonywania takiego zawiadomienia mogłoby być podstawą do pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej. Zwracano przy tym równocześnie uwagę, że nie jest jasne, w którym momencie miałby aktualizować się obowiązek dokonywania zawiadomienia z uwagi na to, iż trudno jest określić, kiedy dochodzi do ustalenia takiego obrazu ujawnionego stanu faktycznego, który należy uznać za prawdę materialną, nie mówiąc już o tym, że często przekonanie o prawdzie i fałszu kształtuje się tylko na podstawie „miękkich” dyrektyw z art. 7 k.p.k., na podstawie których dwa różne organy często dochodzą do różnych wniosków.

² A więc również w sytuacji składania zeznań co do okoliczności, które były podstawą wcześniejszego wyroku skazującego, gdyby ujawnienie owych okoliczności w ich prawdziwym kształcie mogło wskazywać, że składający zeznania powinien być ponieść odpowiedzialność karną w szerszym albo surowszym zakresie, niż to faktycznie miało miejsce przy wcześniejszym skazaniu.

W toku obrad pojawiły się także postulaty, aby traktować prawo do milczenia wąsko, tzn. tylko jako wolność od bycia zmuszonym w trakcie postępowania karnego do samooskarżania się i aby nie obejmować takim zakazem wykorzystywania przeciwko podejrzanemu dobrowolnie złożonych przez niego oświadczeń. Być może w związku z takim rozwiązaniem należałoby, na wzór anglosaski, przy zatrzymaniu osoby zawsze dokonywać pouczenia o jej prawach i obowiązkach, uprzedzając ją, że ma prawo do zachowania milczenia, ale jeżeli nie skorzysta z tego prawa (zarówno w toku postępowania przed organami wymiaru sprawiedliwości, jak i poza postępowaniem), to wszelkie jej oświadczenia mogą zostać użyte przeciwko niej. Przy takim rozwiązaniu możliwe byłoby przesłuchiwanie podstawionych podejrzanemu przez organy ścigania informatorów czy też policjantów, wobec których podejrzanym składał oświadczenia po zatrzymaniu (a więc prawo do milczenia nie miałoby zastosowania w sytuacji, gdy sam podejrzanym nie milczał), a w chwili obecnej możliwość dokonywania takich przesłuchań odrzucana jest w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Sądu Najwyższego.

[Charakter prawny wyłączenia odpowiedzialności karnej za zachowania podjęte w ramach prawa do obrony]

W trakcie wystąpień panelowych i następującej po nich dyskusji wśród uczestników forum ujawniły się dość poważne rozbieżności dotyczące charakteru prawnego wyłączania odpowiedzialności karnej za zachowania podjęte w ramach prawa do obrony w zakresie, w jakim możliwość dokonywania takiego wyłączania nie wynika wprost z uregulowań ustawowych.

Pojawiły się zarówno głosy, że w takich przypadkach odpowiedzialność karna wyłączona jest z uwagi na wyłączenie winy, jak również że w granicach prawa do obrony działa się w sytuacji kontratypowej.

Jakkolwiek ten drugi pogląd był prezentowany częściej i wyraźniej, to jednak pojawiły się dość poważne wątpliwości co do prawidłowości takiego ujmowania tegoż zagadnienia. Wskazywano, że dla przyjmowania kontratypu konieczne jest występowanie kolizji chronionych prawnie wartości, a dobra indywidualne winnego sprawcy przestępstwa nie podlegają prawnej ochronie w zakresie, w jakim miały być one naruszone w sposób przewidziany prawem w związku z wyrokiem skazującym. Były jednak głosy, że konflikt taki pojawia się nie z uwagi na istnienie dóbr indywidualnych sprawcy, lecz jego prawnie uregulowanych gwarancji procesowych,

które pozostają w konflikcie z dobrem wymiaru sprawiedliwości i w tym (i tylko w tym) zakresie należy usprawiedliwiać zachowania podejmowane w ramach prawa do obrony. W stosunku do takiego rozumowania składano jednak zastrzeżenie, że nie jest prawdą, iż tego rodzaju gwarancje zawsze pozostają w sprzeczności z dobrem wymiaru sprawiedliwości i w takich wypadkach nie zachodzi żadna kolizja wartości. Wątpliwości uczestników obrad wzbudzała także możliwość przyjmowania, z racji braku odpowiedniej regulacji w prawie stanowionym, pozaustawowego charakteru takiego kontratypu, a właśnie na taki jego charakter wprost powoływano się w wielu wypowiedziach. Wskazywano bowiem, że rozwiązanie dopuszczające tworzenie prawa sędziowskiego wprost niezgodnego z treścią ustawy, stanowi naruszenie konstytucyjnego podziału władz. Podnoszono także, że konsekwentne postrzeganie prawa do obrony jako kontratypu musiałoby się wiązać z możliwością stosowania art. 29 k.k. w sytuacji urojenia sobie przez jakąś osobę okoliczności, które mogłyby usprawiedliwiać egzekwowanie przez nią uprawnień obronnych.

W toku obrad akcentowano także wyraźnie, że podejmowanie określonych zachowań, zazwyczaj karalnych, w granicach prawa do obrony jest tolerowane z uwagi na dobro wymiaru sprawiedliwości i dlatego ostatecznie pozostaje bezkarne. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku, że dopuszczalność podejmowania takich zachowań miałaby wynikać z jakiegoś pierwotnego uprawnienia do podejmowania zachowań skądinąd karalnych w ramach prawa do obrony, zwłaszcza jeżeli na takiej podstawie próbowano by wywodzić pierwotne uprawnienie osoby broniącej się do dokonywania mactwa procesowego.

[Czasowy zakres prawa do obrony]

W ramach rozważań dotyczących czasowych granic prawa do obrony paneliści i dyskutanci przyjmowali stanowisko prezentowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym uprawnienia wynikające z prawa do obrony aktualizują się już z chwilą popełnienia czynu zabronionego.

Nie było natomiast równie powszechnej zgody wśród uczestników obrad przy określaniu końcowego momentu, do którego można korzystać z wyżej wymienionych uprawnień. Jakkolwiek jednak pojawił się pogląd, że taką ostateczną granicą, z uwagi na treść art. 182 § 3 k.p.k., powinna być chwila prawomocnego zakończenia postępowania, w związku z którym prawo do obrony było egzekwowane, to jednak w większości wypowiedzi

przyjmowano, iż prawo do obrony nie ustaje wraz z prawomocnym zakończeniem postępowania i jest ono bezterminowe z uwagi na potencjalnie bezterminową możliwość składania wniosku o wznowienie takiego prawomocnego postępowania na niekorzyść broniącego się. Bezterminowość prawa do obrony byłaby jeszcze bardziej oczywista przy przyjęciu sposobu rozumowania podobnego do prezentowanego przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny i wywodzeniu uprawnień obronnych wprost z konstytucyjnie chronionej godności człowieka.

[Przedmiotowy zakres prawa do obrony]

W związku z dyskusją o przedmiotowych granicach prawa do obrony podkreślano, że jakkolwiek prawo takie jest bardzo silnie chronione konstytucyjnie (nawet w stanach wyjątkowych), to jednak nie jest prawem absolutnym i jego granicą są prawa i wolności innych osób.

Z uwagi na powyższe przekonanie i w perspektywie czasowego zakresu prawa do obrony nie budziło wątpliwości wśród uczestników obrad przekonanie, że skoro uprawnienia obronne aktualizują się od momentu popełnienia przestępstwa, to od tego momentu można podejmować zachowania obronne, takie jak np. składanie fałszywych oświadczeń (również co do swojej tożsamości). Niemniej jednak równie wyraźnie podkreślano, że zachowania mieszczące się w prawie do obrony pozostają tolerowane i bezkarne tylko w takim kontekście, w jakim naruszają one dobro wymiaru sprawiedliwości, a więc zachowania osoby broniącej się nie pozostają bezkarne w zakresie, w jakim naruszają one inne prawnie chronione dobra, nawet jeśli takie zachowania zostały faktycznie podjęte tylko dla uniknięcia odpowiedzialności karnej. Nie można więc twierdzić, że prawo do obrony wyłącza odpowiedzialność karną całkowicie, czy też legalizuje podejmowanie wszelkich zachowań.

Wskazywano ponadto, że właśnie dlatego od kilkadziesiąt lat w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie wyrażano przekonanie, iż korzystanie z prawa do obrony nie wyłącza odpowiedzialności za zniesławienie czy też pomawianie innych osób, przy czym nie było zgody wśród uczestników obrad, czy pomawianie jest wykluczone w ogóle, czy też w granicach obrony dopuszczalne jest pomawianie innej osoby o własne przestępstwo, a wykluczone jest tylko formułowanie oskarżeń nie związanych z próbą przerzucania odpowiedzialności za swoje przestępstwo na inną osobę. Zgodnie także przyjmowano, że prawo do obrony nie wyłącza

odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko prawdziwości dokumentów.

W toku dyskusji nie przesądzono natomiast, czy w ramach prawa do obrony pozostaje fałszywe przyznanie się do nie popełnionego przestępstwa, aby uniknąć odpowiedzialności za przestępstwo rzeczywiście popełnione oraz czy w takim zakresie bezkarnym pozostaje złożenie zawiadomienia o nie popełnionym przestępstwie (bez wskazywania konkretnego sprawcy), aby również w ten sposób uniknąć odpowiedzialności za przestępstwo rzeczywiście popełnione (np. poprzez zgłoszenie kradzieży rzeczy, aby wykluczyć ewentualny późniejszy zarzut posługiwania się tą rzeczą przy popełnieniu przestępstwa).

Natomiast nie budziło żadnych wątpliwości wśród panelistów i dyskutantów stwierdzenie, że zachowania podjęte tylko dla ochrony współsprawców pozostają poza prawem do obrony. Podobnie nie należy traktować jako bezkarnego podżegania przez osobę korzystającą z prawa do obrony innych osób do podejmowania zachowań, których wykonywanie pozostawałoby bezkarne dla samego broniącego się.

Panel II

Dowodowe wykorzystanie czynności operacyjnych. Podśluchy. Zakazy dowodowe

Funkcję prowadzącego obrady panelu drugiego sprawował adwokat dr hab. Piotr Kardas, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego (Uniwersytet Jagielloński, Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie).

Do obrad panelowych zaproszeni zostali: adwokat dr hab. Jacek Giezek, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego (Uniwersytet Wrocławski, Okręgowa Rada Adwokacka we Wrocławiu), sędzia prof. dr hab. Piotr Hofmański (Uniwersytet Jagielloński, Sąd Najwyższy), sędzia dr Dariusz Kala (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Sąd Apelacyjny w Gdańsku), prokurator Grzegorz Pukal (Prokuratura Apelacyjna w Krakowie) oraz adwokat dr Dobrosława Szumiło-Kulczycka (Uniwersytet Jagielloński, Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie).

Natomiast w dyskusji wzięli także udział: adwokat prof. dr hab. Jan Widacki (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie, Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie), prokurator Janusz Śliwa (Prokuratura Apelacyjna w Krakowie), sędzia Wojciech Hermeliński

(Trybunał Konstytucyjny), prokurator Aleksander Herzog (Prokuratura Generalna), adwokat Żanna Dembska (Okręgowa Rada Adwokacka w Poznaniu), prokurator Łukasz Biela (Prokuratura Okręgowa w Poznaniu), sędzia Elżbieta Barska-Hermut (Sąd Okręgowy w Łodzi), adwokat Wieńczysław Grzyb (Okręgowa Rada Adwokacka w Bielsku-Białej), aplikant adwokacki Krystian Browarny (Okręgowa Rada Adwokacka w Rzeszowie) oraz prokurator Beata Mik (Prokuratura Generalna).

[Regulacja procesowego i pozapprocesowego pozyskiwania informacji]

Uczestnicy obrad drugiego panelu dyskusyjnego zgodni byli co do tego, że w istocie nieuniknione jest coraz szersze wykorzystywanie rozmaitych środków technicznych do wykrywania zachowań przestępnych i zdobywania dowodów na potrzeby procesu karnego, zwłaszcza gdy równocześnie następuje „rozwój techniczny” samej przestępczości. Niemniej jednak równie zgodnie prezentowano przekonanie, że wraz z postępem technicznym środków kontrolnych stosowanych przez służby państwa powinien następować konieczny postęp uregulowań o charakterze gwarancyjnym, które w sposób precyzyjny określałyby prawa jednostek i uprawnienia służb policyjnych. W tym kontekście wielokrotnie pojawiały się wypowiedzi wyraźnie stwierdzające w chwili obecnej deficyt regulacji dotyczących dopuszczalności stosowania takich środków i wykorzystywania zdobytych w ten sposób informacji. Podkreślano przy tym, że nie chodzi o dokonanie jakiegokolwiek regulacji, lecz przeprowadzenie jej z uwzględnieniem fundamentalnego założenia, iż w procesie karnym dopuszczalne jest pozyskiwanie i wykorzystywanie dowodów tylko w takich granicach, w jakich nie stanowi to niedozwolonego wkroczenia w konstytucyjne prawa i wolności jednostek.

W powyższej perspektywie w toku dyskusji przyznawano, że najprawdopodobniej nie jest już możliwy powrót do stanu, w którym pozapprocesowo uzyskana wiedza miała charakter tylko informacyjny. Niemniej jednak wskazywano, że następujące na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat gwałtowne rozszerzanie zarówno katalogu przestępstw, co do których można stosować kontrolę operacyjną, jak i katalogu służb, które mogą podejmować takie działania spowodowało zupełnie nienaturalne zacieranie się granic między pozapprocesowymi a procesowymi metodami uzyskiwania informacji. Widoczne jest to zwłaszcza w zakresie możliwości dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych operacyjnie i pojawiły się nawet głosy, że być może czynności operacyjne w sporej mierze utraciły swój

ściśle operacyjny charakter i materialnie należy je traktować jako czynności dowodowe, a tym samym podział na czynności procesowe i pozaprocessowe w jakimś stopniu utracił swój sens.

Uczestnicy obrad przyznawali jednakże, że samo istnienie dualizmu regulacji procesowego i pozaprocessowego uzyskiwania informacji wydaje się być konstytucyjnie dopuszczalne z uwagi na rozróżnienie celów, jakim służą środki podejmowane w ramach tych dwóch odrębnych reżimów. Na tej podstawie wskazywano więc, że skoro czynności operacyjne mają być uzasadnione koniecznością zapobiegania przestępczości dla zapewnienia bezpieczeństwa obywateli, to być może mógłby być to argument uzasadniający dalej idącą naturę takich czynności, niż ma to miejsce w przypadku samego wymierzania sprawiedliwości. Niemniej jednak zwracano uwagę, że w chwili obecnej taka rozbieżność uregulowań między kontrolą procesową a pozaprocessową jest zbyt duża, a uzasadnione stosowanie standardów procesowych do dowodów uzyskanych w ramach czynności operacyjnych jest często niemożliwe z uwagi na brak porównywalnych rozwiązań ustawowych dotyczących kontroli procesowej i pozaprocessowej. W toku dyskusji paneliści i dyskutanci w swych wypowiedziach akcentowali także, iż ograniczenia, którym uległa kontrola procesowa w Kodeksie postawienia karnego wynikały z zachowania koniecznej z gwarancyjnego punktu widzenia proporcjonalności, a regulacje kontroli pozaprocessowej rzadko tworzone są w oparciu o taki standard. Może być to tym bardziej niepokojące, że pomijanie wymogu proporcjonalności regulacji odnosi się do czynności kontrolnych, które mogą być podejmowane w o wiele szerszym zakresie niż kontrola procesowa i to na etapie postępowania, gdy potencjalnie możliwe są największe nadużycia, a w obecnym stanie rzeczy podejmowane wtedy głębokie ingerencje w prawa jednostki często pozostają w ogóle poza kontrolą sądu.

W bezpośrednim związku z powyższymi zastrzeżeniami pojawiały się także głosy akcentujące potrzebę dokonania odpowiednich zmian normatywnych niektórych rozwiązań ustawowych związanych z kontrolą procesową i pozaprocessową z uwagi na ich wątpliwy status konstytucyjny. W szczególności wskazano, że Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się już do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie konstytucyjnej dopuszczalności posługiwania się przez ustawodawcę nieprecyzyjnym i otwartym sformułowaniem „środków technicznych”, którymi mogą się posługiwać służby, a także dopuszczalności uzyskiwania przez takie służby państwowe wielu szczegółowych informacji od operatorów telekomunikacyjnych bez zgody sądu i braku szczegółowych procedur usuwania przez służby danych

nieprzydatnych. Podkreślano także, że w takim zakresie przedmiotowym istnieje już dość bogate orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w którym określa się standardy, jakim powinna odpowiadać legislacja dotycząca przeprowadzania procesowej i pozaprocesowej kontroli obywateli, w szczególności co do ustawowego oznaczenia przedmiotu kontroli, podmiotu kontrolującego, sposobu kontroli i zapewnienia jej zewnętrznej weryfikacji. W toku obrad zauważono także, iż w celu zapewnienia konstytucyjnej dopuszczalności instalowania podsłuchów w mieszkaniach, najprawdopodobniej wymaga zmiany art. 49 Konstytucji, albowiem zgodnie z jego treścią nienaruszalność mieszkania może doznać ograniczenia tylko z uwagi na czynność przeszukania (na podstawie identycznego przepisu niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny orzekł o niedopuszczalności stosowania podsłuchu i przeprowadzono niezbędną nowelizację), chyba że ograniczenia tego prawa dokonano by w oparciu o ogólną zasadę proporcjonalności. Podczas dyskusji pojawiła się także kontrowersja co do konstytucyjnej poprawności znajdującego się art. 241 k.p.k. sformułowania o odpowiednim stosowaniu reżimu kodeksowego do kontroli „innych rozmów i przekazów informacji”, które było oceniane zarówno jako zbyt nieprecyzyjne i ogólne³ (a trudno na dłuższą metę polegać na „poprawianiu” poprzez dookreślające orzecznictwo Sądu Najwyższego, które może co najwyżej wskazywać na kierunek niezbędnych zmian), jak i pojemny przepis o bezpośrednim charakterze gwarancyjnym.

W ramach omawiania niedoskonałości obecnego stanu prawnego poruszono także problem rozróżnienia w samym Kodeksie postępowania karnego standardu kontroli rozmów i kontroli korespondencji, przy czym przy komunikacji elektronicznej odróżnianie podsłuchu (przechwycenie informacji) od kontroli korespondencji (przechwycenie utrwalonej informacji) jest zupełnie sztuczne, a wpływa na określenie standardu kontroli. Problematyczną w praktyce okazała się być także kwestia poszerzania zakresu możliwych do wykorzystania informacji na podstawie art. 19 ust. 15c ustawy o policji o informacje świadczące o czyjejs niewinności, jako że co do zasady takiego poszerzenia można dokonać tylko o informacje o nowych przestępstwach, a brak możliwości procesowego wykorzystania dowodów niewinności może ostatecznie doprowadzić do sytuacji niezgodnej z art. 42

³ Podkreślano przy tym, że analogiczne rozwiązanie stanowi art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o policji, co do konstytucyjności którego Rzecznik Praw Obywatelskich już formalnie powziął wątpliwość.

ust. 1 Konstytucji. Podnoszono w końcu także kwestie praktycznych trudności, jakie przedstawia konieczność bezpośredniego odsłuchiwania przed sądem wielogodzinnych nagrań zarejestrowanych w ramach podsłuchu, które ostatecznie same w sobie rzadko mają znaczącą wartość dowodową, a posługiwanie się w tym zakresie analizą kryminalistyczną jest o tyle kłopotliwe, że taka analiza dowodem nie jest, a trudno byłoby przesłuchiwać jej autora jako świadka.

W związku z wyżej opisanymi problemami poruszonymi w trakcie obrad, zgodnie przyjmowano konieczność stworzenia procesowej obudowy, w ramach której uregulowano by możliwość procesowego wykorzystywania czynności operacyjnych (ale też i w przyszłości dowodów prywatnych). Zastrzegano jednak, że wymagałoby to uprzedniego rozstrzygnięcia kwestii dopuszczalności wykorzystywania dowodowego informacji operacyjnych bez ich procesowego przetworzenia oraz wykorzystywania informacji pozaprocesowych również w takim zakresie, w jakim ich zdobycie byłoby niedopuszczalne na gruncie kodeksowym (ujednoczenie standardu musiało by zakładać trudną do zrealizowania równoległość odpowiadających sobie regulacji). Konieczne może być także wcześniejsze kodeksowe rozstrzygnięcie granic wykorzystywania owoców zatrutego drzewa w przypadku informacji zdobytych nielegalnie, zwłaszcza że w chwili obecnej dowody pośrednio nielegalne muszą, zgodnie z zasadą prawdy materialnej, niemal zawsze zostać wykorzystane w postępowaniu⁴. Podkreślano jednak, że regulacja nie może ograniczać się jedynie do określania warunków legalności procesowego wykorzystania informacji pochodzących z czynności operacyjnych, lecz konieczna jest także regulacja sposobów ich pozyskiwania i niezwłocznego eliminowania, gdy zostały pozyskane nielegalnie i nie mogłyby zostać wykorzystane. W kontekście tego ostatniego zagadnienia podniosły się jednak głosy, że w praktyce dokonywanie takiego niezwłocznego usuwania części informacji mogłoby być trudne do przeprowadzenia, gdyż przy takiej czynności obecne powinny być strony postępowania albo inne osoby zainteresowane, aby wykluczyć zarzuty manipulowania materiałem dowodowym poprzez nierzetelny wybór tego co ma zostać usunięte. Dokonanie niezwłocznego usunięcia informacji z zapewnieniem obecności zainteresowanych może być niemożliwe z uwagi na zapewnienie efektywności wciąż trwającej kontroli, o której zainteresowani nie są często jeszcze poinformowani. Dlatego też najczęściej usunięcie informacji nie będzie mogło mieć miejsca wcześniej, niż po zakończeniu postępowania.

⁴ Jako jeden z niewielu wyjątków od takiej zasady wskazywano art. 171 § 7 k.p.k.

[Podsluchiwanie rozmów z obrońcą]

Kwestią pozostającą poza sporem między panelistami i dyskutantami była niedopuszczalność dowodowego wykorzystania utrwalonego zapisu rozmowy telefonicznej podejrzanego i obrońcy w świetle uregulowań prawa międzynarodowego, Konstytucji (art. 42) i Kodeksu postępowania karnego (art. 6, art. 73, art. 178). Natomiast w trakcie dyskusji o wiele bardziej skomplikowanym problemem okazało się zagadnienie wprowadzenia ustawowych rozwiązań, które regulowałyby sposób postępowania organów państwa w sytuacji faktycznego utrwalania i odtwarzania zapisów takich rozmów.

W trakcie obrad wskazywano, że w chwili obecnej jedynym przepisem, który mógłby wprost stanowić oparcie dla przyjmowania zakazu podsluchiwania rozmów obrońcy z podejrzanym mógłby być art. 178 k.p.k. Zwracano przy tym uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego w takim przypadku w istocie chronione jest nie uprawnienie obrońcy (który ma tylko obowiązek zachowania informacji w tajemnicy), lecz gwarancje praw podejrzanego wynikające z art. 42 Konstytucji, z którego wywodzić można tajemnicę obrończą. Pojawiały się jednakże głosy, wedle których w rzeczywistości taki wynik wykładni tegoż przepisu jest raczej próbą zachowania konstytucyjnego i procesowego standardu gwarancyjnego, niż rzeczywistą wykładnią art. 178 k.p.k., zwłaszcza że ujęty w nim jest tylko specyficzny zakaz dowodowy (zakazujący korzystania z określonego źródła, ale nie zabraniający dowodzenia określonych kwestii), którego nie należy wyklądać rozszerzająco na kontrolę operacyjną rozmów podejrzanego z obrońcą i dlatego w takim zakresie konieczne jest dokonanie stosownej nowelizacji. Na potrzebę dokonania zmian wskazywano nie tylko z uwagi na problematykę kontroli pozaprocesowej, lecz także z uwagi na fakt, iż w obecnym brzmieniu art. 178 k.p.k. chroni tylko tajemnicę powierzoną obrońcy już formalnie zgłoszonemu w toku postępowania, natomiast nie chroni tajemnicy powierzonej obrońcy faktycznemu, z którym osoba korzystająca z prawa do obrony może kontaktować się już od chwili popełnienia czynu zabronionego, a więc jeszcze przed wszczęciem postępowania karnego i przed przedstawieniem komukolwiek zarzutów. W takim wypadku ów faktyczny obrońca teoretycznie mógłby być podsluchiwany i zostać przesłuchany.

W toku dyskusji zgodnie przyznawano, że z uwagi na ogólną dopuszczalność stosowania kontroli rozmów w sensie czysto technicznym może mieć miejsce utrwalenie rozmowy podejrzanego z obrońcą, zwłaszcza gdy

obrońca taki jeszcze nie zgłosił swojego udziału w postępowaniu i służby państwowe mogą teoretycznie nie zdawać sobie sprawy, że podsłuchują rozmowy z obrońcą. Postulowano w tym kontekście, aby wprowadzić prawny nakaz powstrzymywania się od uzyskiwania informacji objętych tajemnicą obrończą (w chwili obecnej takiego nakazu nie ma), ale równocześnie zwracano uwagę, że ostatecznie żaden zakaz czy nakaz nie zapobiegnie przypadkowemu uzyskaniu takich informacji i zapoznaniu się z nimi przez osoby nie zobowiązane do zachowania tajemnicy, a zapisu treści kolejnych rozmów dokonuje maszyna i faktycznie nie ma możliwości wcześniejszego wykluczenia rejestracji konkretnych rozmów czy podmiotów. Dlatego też podkreślano, że część ryzyka i odpowiedzialności za wystąpienie takich sytuacji ciąży na obrońcach, którzy powinni uprzedzać klientów o niebezpieczeństwach związanych z takimi formami komunikacji.

W świetle powyższych rozważań proponowano, aby niezależnie od niemożliwości wykorzystania dowodowego zapisu rozmowy podejrzanego z obrońcą zawsze odnotowywano w aktach fakt nawet przypadkowego utrwalenia takiej rozmowy i jej odtworzenia, bo faktycznie może nastąpić takie odtworzenie zapisu (np. przez nieświadomość służb państwowych, że konkretna osoba pełni obowiązki obrońcy). Niezależnie od powyższych propozycji jeszcze wyraźniej postulowano, aby został wprowadzony formalny zakaz odtwarzania takich rozmów, albowiem nawet jeśli ich treść nie mogłaby stanowić w toku postępowania dowodu, to mogłaby mieć psychologiczny wpływ na sposób rozstrzygnięcia postępowania albo mogłaby zostać ujawniona mass mediom. Wątpliwości pojawiły się przy próbie wyjaśnienia, czy zakaz dokonywania takich odtworzeń zapisów rozmów podejrzanego z obrońcą może zostać wywiedziony z treści samego art. 178 k.p.k., ale wskazywano, że gdyby jego treść rzeczywiście była tak pojemna, to jako *superfluum* nie byłby potrzebny w konsekwencji art. 225 k.p.k. (chroniący treść i wygląd dokumentów obrońcy), a skoro istnieje, to może to sugerować ograniczony zakres zastosowania art. 178 k.p.k.

Z uwagi na techniczne uwarunkowania procesu utrwalania rozmów, który nie może być dokonywany całkowicie selektywnie, w toku obrad akcentowano także konieczność uregulowania obowiązku niezwłocznego usuwania informacji, które nie mogą następnie zostać wykorzystane dowodowo.

W perspektywie wyżej zarysowanych problemów pojawiły się w ramach dyskusji panelowej konkretne propozycje kształtu możliwych rozwiązań nowelizacyjnych. W szczególności zasugerowano, że w okolicach art. 238 k.p.k. możliwe byłoby wprowadzenie przepisu (nie mającego

w chwili obecnej co do formy i co do treści swojego odpowiednika), który zakazywałby utrwalania rozmów podejrzanego z jego obrońcą, a także dowodowego wykorzystania treści tak zapisanej rozmowy. Natomiast w wypadku faktycznego utrwalenia treści rozmowy nakazane byłoby niezwłoczne usunięcie takiego zapisu w sposób trwały i ostateczny, a w przypadku odtworzenia zapisu jego treść objęta byłaby tajemnicą, w związku z czym nie mógłby on zostać dalej ujawniany i wykorzystywany. Pojawił się także postulat wprowadzenia zakazu dowodowego, skonstruowanego na podobnej zasadzie jak art. 199 k.p.k. i wykluczającego możliwość wykorzystywania dowodowego oświadczeń złożonych przed obrońcą przez podejrzanego.

Pojawiające się w trakcie dyskusji głosy sprzeciwu w stosunku do takich propozycji nie były jednolite co do swojej treści i założeń. Argumentowano bowiem z jednej strony, że taka propozycja jest w istocie zbyt wąska i należałoby raczej całościowo uregulować problem gromadzenia i wykorzystywania informacji w ramach kontroli procesowej i pozaprocessowej, a wprowadzanie rozwiązania jednostkowego mogłoby prowadzić do przekonania, iż niedopuszczalne jest tylko takie postępowanie, którego wprost zakazuje nowo wprowadzony przepis. Z drugiej natomiast strony pojawiały się także głosy, że dokonywanie kazuistycznych zmian nie jest konieczne i już w chwili obecnej wystarczającym uregulowaniem kwestii możliwości wykorzystywania efektów podsłuchu rozmów podejrzanego z obrońcą jest ogólny przepis art. 226 k.p.k. (odsyłający do art. 178–181 k.p.k.), jako że każde utrwalenie rozmowy ostatecznie może zostać sprowadzone do formy dokumentu, a w związku z tym takiego utrwalenia dokonywać nie wolno (choć z takim podejściem wiąże się ryzyko związane z możliwym obchodzeniem formy dokumentu opisanego w art. 226 k.p.k.). Wskazywano także, że usuwanie zapisów rozmów z obrońcą, jako informacji nie mogących mieć znaczenia dla postępowania karnego, już w chwili obecnej może odbywać się w trybie art. 238 § 4 i § 5 k.p.k., ale ten postulat spotkał się z krytyką z uwagi na fakt, iż jest to przepis zbyt ogólny, a do takiego zniszczenia zapisów mogłoby dochodzić nie niezwłocznie, lecz dopiero po zakończeniu postępowania.

Podsumowanie i zakończenie obrad

Po zakończeniu dyskusji toczonych w ramach obydwu paneli, podsumowania problemów poruszanych w trakcie II Krakowskiego Forum Karnistycznego dokonał prof. dr hab. Stanisław Waltoś (Uniwersytet Jagielloński), po czym obrady zostały oficjalnie zamknięte przez prof. dr hab. Andrzeja Zolla.